

수원지방법원 2019. 1. 15 선고 2018나65019 판결 [근저당권설정등기말소 청구의 소]

재판경과

수원지방법원 2019. 1. 15 선고 2018나65019 판결

수원지방법원 여주지원 2018. 5. 8 선고 2017가단56648 판결

전문

원고, 항소인A 영농조합법인

원고승계참가인1. N

2. O

원고 및 원고승계참가인들 소송대리인 법무법인 예현

담당변호사 박정호, 유헌기

피고, 피항소인B

소송대리인 변호사 이광희

소송복대리인 변호사 박종은

변론 종결2018. 12. 4.

판결 선고2019. 1. 15.

제1심판결수원지방법원 여주지원 2018. 5. 8. 선고 2017가단56648 판결

주문

1. 제1심판결을 취소한다.

피고는,

가. 원고에게 별지1 목록 기재 부동산에 관하여,

나. 원고 승계참가인 O에게 별지2 목록 기재 부동산에 관하여,

다. 원고 승계참가인 N에게 별지3 목록 기재 부동산에 관하여,

수원지방법원 양평등기소 2015. 3. 9. 접수 제9476호로 마친 각 근저당권설정등기의
말소등기절차를 각 이행하라.

2. 소송총비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

주문과 같다(원고 승계참가인들은 당심에 이르러 승계참가하였다).

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2012. 1. 2. 경기 양평군 F 임야 54,819m² 토지(이하 'F 토지'라 한다) 중 54,819분의 9918 지분에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다가, 2012. 5. 21. P에서 위 지분 중 54,819분의 3306 지분을 이전하여 현재 위 토지 중 54,819분의 6612 지분을 소유한 공유자이다.

나. 원고는 경기 양평군 G 임야 33,060m² 토지(이하 'G 토지'라 한다) 중 103,939분의 9918 지분을 소유하고 있었는데, 2011. 6. 8. 위 토지 중 33,060분의 9918 지분에 관하여 2011. 5. 2. 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다. 위 토지의 공유자인 H도 2011. 6. 8. G 토지 중 33,060분의 8265 지분에 관하여 2011. 5. 2. 공유물 분할을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

다. 원고와 H, E은 2015. 3. 9. 원고 소유의 F 토지 중 54,819분의 6612 지분, 원고 소유의 G 토지 중 33,060분의 9918 지분(이하 원고 소유의 위 각 지분을 '이 사건 각 부동산'이라 한다), H 소유의 G 토지 중 33,060분의 8265 지분에 관하여 채권최고액 3억 원, 채권자 겸 근저당권자 E, 채무자 겸 근저당권설정자 원고, H으로 하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하였고, 위 계약에 따라 원고와 H은 2015. 3. 9. E에게 위 각 지분에 관하여 근저당권설정등기를 마쳐 주었다(이하 원고 소유의 각 지분에 관하여 마쳐진 근저당권을 '이 사건 각 근저당권'이라 한다).

라. 피고는 E으로부터 원고에 대한 2016. 4. 1.자 3억 원의 근저당권부 대여금 채권을 양수하였다고 주장하면서, 2016. 6. 21. 이 사건 각 근저당권에 관하여 2016. 6. 20. 확정채권양도를 원인으로 한 근저당권이전등기를 마치고, 2016. 7. 27. 원고에게 그와 같은 내용이 기재된 채권양도통지서를 발송하였다.

마. 원고승계참가인 O, N은 제1심 소송 계속 중인 2018. 4. 6. 원고로부터 G 토지 중 원고가 소유한 지분 중 각 33,060분의 4959 지분을 매수하였고, 2018. 4. 9. 위 각 지분에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증, 갑나 제1호증, 갑다 제1호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장 요지

가. 원고 및 원고 승계참가인들(이하 '원고 등'이라 한다)

원고는 2015. 2.경 이 사건 각 부동산을 매매하거나 이를 담보로 하여 금원을 차용하고자 하였는데, K이 '등기서류 등 사무처리에 필요한 것들을 교부하여 주면 이 사건 각 부동산을 매매하거나 담보로 제공하여 1억 원을 마련해주겠다'고 하여 K에게 이 사건 각 부동산에 관한 등기서류 등을 교부하여 주었고, 그 무렵 법무사 M 사무소 사무장이라고 소개하는 J로부터 '이 사건 각 부동산을 담보로 금원을 차용하려면 근저당권설정서계약서 및 확인서면 등의 작성이 필요하다'는 말을 듣고, E에게 이 사건 각 근저당권을 설정하여 주는 내용의 근저당권설정계약서를 작성한 것일 뿐 원고와 E 사이에 이 사건 각 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 어떠한 법률행위도 없었다. 한편 피고는 이 사건 각 부동산에 관하여 원고와 D 사이에 매매계약이 체결되었고, 매매계약 해제에 따른 계약금 및 위약금

합계 6,000만 원의 반환채권을 피담보채권으로 하여 이 사건 각 근저당권이 설정된 것이라고 주장하나, 위 매매계약은 무권대리인인 C에 의하여 체결된 것으로 원고에 대하여 효력이 없고, 가사 효력이 있다고 하더라도, 위 매매계약상의 매수인은 E이 아니라 D이므로, 이 사건 각 근저당권의 근저당권자와 피고가 주장하는 피담보채권의 귀속주체가 다르다. 따라서 이 사건 각 근저당권은 피담보채권이 존재하지 않으므로 말소되어야 한다.

나. 피고

원고를 대리한 C과 E를 대리한 D 사이에 2015. 3. 4. 이 사건 각 부동산에 관하여 매매계약이 체결되었고(매수인 명의를 D으로 하여 매매계약서가 작성되었다, 이하 '이 사건 매매계약'이라 한다), 이 사건 매매계약 해제에 따른 계약금 및 위약금 합계 6,000만 원의 반환채권을 피담보채권으로 하여 이 사건 각 근저당권이 설정된 것이다. 따라서 이 사건 각 근저당권은 피담보채권이 실재하는 유효한 등기이다.

3. 판단

가. 근저당권은 담보할 채무의 최고액만 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결).

나. 이 사건에서 원고 등은 피고 명의의 이 사건 각 근저당권설정등기의 피담보채권을 성립시키는 법률행위 자체가 없었다는 취지로 다투고 있으므로 그러한 법률행위가 있었다는 점에 대하여는 피고가 이를 주장·증명할 책임이 있고, 이에 대하여 피고는 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 매매계약이 먼저 체결되었고, 이 사건 매매계약에 따라 지급된 계약금 및 위약금 반환채권을 피담보채권으로 하여 이 사건 근저당권이 설정된 것이라고 주장한다.

그러나 앞서 든 각 증거에 을 제1 내지 7호증, 갑 제4 내지 6호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 당심 증인 J, K의 각 일부 증언, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은

사정에 비추어 보면, 이 사건 매매계약은 무권대리인인 C에 의하여 체결된 것으로 원고에 대하여 효력이 미치지 않는다고 할 것인바, 이 사건 매매계약이 유효하게 체결되었음을 전제로 피담보채권이 존재한다는 피고의 주장은 받아들일 수 없고, 달리 원고와 E 사이에 이 사건 각 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었음을 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이 사건 각 근저당권은 그 피담보채권이 존재하지 아니하여 무효이므로, E으로부터 이 사건 각 근저당권을 이전받은 피고는 이 사건 각 부동산의 소유자인 원고 등에게 이 사건 각 근저당권등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

○ 이 사건 매매계약 체결 당시 C이 원고를 대리할 권한이 있었음을 인정할 만한 객관적인 자료가 없다. 이 사건 매매계약은 공인중개사 입회 없이 체결되었는데, 당시 C은 원고를 대리하면서도 매수인 측에 원고 작성의 위임장, 원고 법인인감, 법인인감증명 등 대리권의 존재를 확인할 만한 어떠한 자료도 제시하지 않았던 것으로 보인다(위임장이 작성되지 않은 점에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없다). 또한 이 사건 매매계약 당시 매수인 또는 매수인의 대리인 자격으로 매매계약서를 작성하였던 D이 원고 대표이사인 L에게 매도의사를 확인한 바도 없는 것으로 보인다(매매계약서에 매도인 측 연락처조차 기재되어 있지 않다).

○ C은 원고와 관련이 있거나 원고 대표이사 L과 친분관계가 있는 사람이 아니었고, 원고 대표이사인 L의 처인 Q로부터 이 사건 각 부동산을 담보로 금원을 마련하여 달라는 부탁을 받은 K이 법무사 M 사무소 사무장인 J을 통하여 소개받은 사람이다. 당심 증인 K, J은 법정에서 C에 관하여 '이 사건 각 근저당권 설정 무렵 C을 알게 되었을 뿐 원래 알던 사이는 아니고, C은 토지를 담보로 금원 차용 등을 알선하는 브로커 같은 역할을 하는 사람이다'라는 취지로 증언하였다.

○ 이 사건 매매계약 체결 당시 E은 C 명의의 예금계좌로 계약금 3,000만 원을 송금하였으나, 위 계약금이 원고에게 전달되었다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없고, E은 원고로부터 계약금에 관한 영수증을 받지도 않았다. 이 사건 매매계약서에는 계약금이 위와 달리 5,000만 원으로 기재되어 있고 영수자 성명란에는 '영수함'이라고 기재되어 있을 뿐 누가 어떠한 자격으로 영수하였는지에 대한 어떠한 기재도 없다. 또한 이 사건 매매계약서에는 중도금 없이 잔금 4억 5,000만 원으로 기재되어 있으나 잔금 지급기일의 정함이 없는데, 이는 거래관행이나 사회통념에 비추어 이례적이다.

○ 피고는 이 사건 매매계약에서 '3,000만 원의 입금과 동시에 근저당권 3억 원 설정한다'는 특약을 하였고, 그 특약에 따라 원고가 이 사건 각 근저당권을 설정하였으므로, 원고가 C에게 이 사건 매매계약 체결에 관한 대리권을 수여하였거나 무권대리를 추인한 것이라고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약 체결 당시 C에게 원고를 대리할 권한이 있었음을 확인할 수 있는 위임장, 법인인감, 인감증명 등 어떠한 자료가 없는 이상 위와 같은 사정만으로는 C이 원고로부터 대리권을 수여받았다고 볼 수 없다. 무권대리행위의 추인은 무권대리가 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시인바, 앞서 본 근저당권설정등기의 경위에 비추어 보면, 위와 같은 의사표시가 있었다고 볼 수 없다.

4. 결론

따라서 원고 등의 청구는 이유 있으므로 이를 모두 인용하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로, 제1심판결을 취소하고, 당심에서 이루어진 원고 승계참가인들의 승계참가에 따라 피고에게 원고 등에 대하여 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 것을 명하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사염우영

판사신혜원

판사이창원

별지